

Nula Frei*

Der Schutz von Menschenhandelsoffern im Asylsystem

1. Einleitung

Menschenhandel ist ein schweres Verbrechen und eine gravierende Menschenrechtsverletzung und seine Bekämpfung ist bereits seit Anfang des letzten Jahrhunderts Gegenstand mehrerer internationaler Übereinkommen.¹ Das jüngste Abkommen, das Übereinkommen des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels, ist für die Schweiz Anfang diesen Jahres in Kraft getreten.²

Die international anerkannte Definition von Menschenhandel findet sich im sogenannten Palermo-Protokoll³. Demgemäss bezeichnet Menschenhandel die Ausbeutung einer Person, d.h. ihre sexuelle Ausnutzung für Prostitution oder andere Zwecke, des Weiteren Zwangsarbeit, Sklaverei oder sklaviereähnliche Praktiken, Leibeigenschaft oder die Entnahme von Organen. Die dazu verwendeten Zwangsmittel sind Androhung oder Anwendung von Gewalt, Nötigung, Entführung, Betrug, Täuschung, Machtmissbrauch oder Ausnutzung besonderer Hilflosigkeit. Unter diese Definition fallen die Anwerbung, Beförderung, Verbringung, Beherbergung oder Aufnahme von Personen. Die Ausbeutung von Kindern ist stets als Menschenhandel zu qualifizieren, unabhängig davon ob eines der Zwangsmittel angewendet worden ist.⁴

Am 18. Oktober 2012 – dem europäischen Tag gegen Menschenhandel – hat die zuständige Bundesrätin den ersten Nationalen Aktionsplan zur Bekämpfung des Menschenhandels vorgestellt.⁵ Der Aktionsplan zeigt den Handlungsbedarf, die strategischen Schwerpunkte und die verantwortlichen Akteure bei Bund und Kantonen auf und gibt vier Stossrichtungen vor: Prävention, Strafverfolgung, Opferschutz und Partnerschaft, auch «4 P» genannt (von Englisch *prevention, prosecution, protection, partnership*).

Unter dem Titel «Opferschutz» sieht der Aktionsplan auch Massnahmen im Asylbereich vor. So soll eine «Sicherstellung der Identifikation von Menschenhandelsoffern in Asylverfahren und Klärung der Abläufe, die für die Gewährleistung des Opferschutzes notwendig sind», erreicht werden.⁶ Unter anderem soll bestimmt werden können, welcher Staat im Einzelfall für den Schutz des Opfers zuständig ist, welches Gesetz in der Schweiz anwendbar ist, um den Aufenthalt des Opfers zu regeln und wie der Opferschutz in der Schweiz gewährleistet wird.⁷

Bei der Behandlung von Asylgesuchen sind in der Praxis aktuell vier Bereiche auszumachen, welche eine juristische Auseinandersetzung erfordern: Sensibilisierung, Identifizierung, Dublin-Verfahren sowie die Prüfung der Flüchtlingseigenschaft und einer möglichen Wegweisung. Diese werden nachfolgend behandelt, wobei

der Schwerpunkt auf der inhaltlichen asylrechtlichen Prüfung liegt.

2. Sensibilisierung

Die Sensibilisierung der beteiligten Akteure für Erscheinungsformen und Ausprägungen von Menschenhandel ist essentiell für die Erkennung möglicher Opfer sowie die Erfassung der rechtlich relevanten Überlegungen. Ohne eine Sensibilisierung aller Behördenmitarbeitenden sowie Akteuren der Zivilgesellschaft, welche potenziell mit Menschenhandelsbetroffenen in Kontakt sind, kann kaum gewährleistet werden, dass die spezifische Situation von Menschenhandelsoffern in allen Stadien des Asylverfahrens berücksichtigt wird.

Unter menschenrechtlichen Gesichtspunkten ist der Staat verpflichtet, Menschenhandel auf allen Ebenen staatlichen Handelns zu bekämpfen und seine Opfer zu schützen.⁸ Bund, Kantone sowie private Akteure mit delegierten Aufgaben (etwa im Bereich Unterbringung) sind an diese Schutzpflichten gebunden. Palermo-Protokoll und Europarats-Übereinkommen statuieren denn auch die Pflicht, die zuständigen öffentlichen Bediensteten auf dem Gebiet der Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels zu schulen.⁹ Der Nationale Aktionsplan sieht eine systematische Sensibilisierung aller Mitarbeitenden des BFM und der Kantone vor, die im Asylwesen tätig sind.¹⁰

* Nula Frei, MLaw, Assistentin und Doktorandin am Zentrum für Migrationssrecht an der Universität Bern, schreibt ihre Dissertation zum Thema Identifikation und Schutz von Menschenhandelsbetroffenen im Asylverfahren.

¹ Das älteste für die Schweiz bindende Abkommen ist das Internationale Übereinkommen vom 18. Mai 1904 zur Gewährleistung eines wirksamen Schutzes gegen das unter dem Namen «Mädchenhandel» bekannte verbrecherische Treiben (SR 0.311.37). Das wichtigste Übereinkommen ist aktuell das unter dem Namen Palermo-Protokoll bekannte Zusatzprotokoll vom 15. November 2000 zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität (SR 0.311.542), nachfolgend «Palermo-Protokoll».

² Übereinkommen zur Bekämpfung des Menschenhandels vom 16. Mai 2005 (SR 0.311.543), nachfolgend «Europarats-Übereinkommen».

³ Art. 3 lit. a Palermo-Protokoll.

⁴ Art. 3 lit. c Palermo-Protokoll.

⁵ Siehe die Medienmitteilung des EJPD vom 18. Oktober 2012: «Europäischer Tag gegen Menschenhandel: Bundesrätin Sommera präsentiert ersten Nationalen Aktionsplan», www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=de&msg-id=46366 (besucht am 8.1.2013). Der Aktionsplan (NAP), welcher am 1. Oktober 2012 vom Steuerungsorgan der KSMM (Koordinationsstelle Menschenhandel und Menschen schmuggel) verabschiedet wurde, ist auf derselben Website abrufbar.

⁶ NAP Menschenhandel (Fn. 5), S. 17.

⁷ Ibid.

⁸ Siehe Urteil des EGMR *Rantsev gegen Zypern und Russland*, Nr. 25965/04, vom 7. Januar 2010, dazu auch CHRISTOPH LINDNER, Anspruch auf umfassenden Schutz vor Menschenhandel nach Art. 4 EMRK, ZAR 2010/4, S. 137–142.

⁹ Art. 10 Abs. 2 Palermo-Protokoll und Art. 29 Abs. 3 Europarats-Übereinkommen.

¹⁰ NAP Menschenhandel (Fn. 5), S. 17.

3. Identifizierung: erhöhte Abklärungspflicht bei Verdacht auf Menschenhandel

Die Flüchtlingseigenschaft sowie allfällige Wegweisungshindernisse sind von der gesuchstellenden Person nachzuweisen oder glaubhaft zu machen (Art. 7 Abs. 1 AsylG). Gemäss Art. 8 AsylG sind Asylsuchende verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken. Im Asylverfahren gilt jedoch auch der Untersuchungsgrundsatz (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 12 VwVG), gemäss welchem die Asylbehörden den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen haben. Die Behörden sind verpflichtet, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig zu ermitteln.¹¹ Zwischen der Mitwirkungspflicht und dem Untersuchungsgrundsatz besteht im Schweizer Asylrecht und dessen Praxis ein gewisses Spannungsverhältnis.

Aus menschenrechtlicher Sicht wird im Bereich Menschenhandel der allgemeine verwaltungsrechtliche Untersuchungsgrundsatz durch spezifische Abklärungspflichten ergänzt. Aus Art. 4 EMRK fliesst gemäss Praxis die Pflicht des «Staates», also aller potentiell mit dem Thema befassten Behörden und staatlich beauftragten Institutionen, bei Hinweisen auf Menschenhandel Ermittlungen aufzunehmen und Massnahmen zu treffen, um das (potentielle) Opfer zu schützen.¹² Art. 10 Abs. 2 des Europarats-Übereinkommens beinhaltet die positive Pflicht der Vertragsstaaten, «gesetzgeberische oder andere Massnahmen, um die Opfer als solche zu identifizieren», zu treffen und sicherzustellen, «dass eine Person nicht aus ihrem Hoheitsgebiet entfernt wird, wenn die zuständigen Behörden konkrete Anhaltspunkte dafür haben, dass sie Opfer von Menschenhandel ist, bis die Massnahmen zur Identifizierung [...] abgeschlossen sind». Gibt es also bei Asylgesuchen Hinweise darauf, dass die gesuchstellende Person ein Opfer von Menschenhandel sein könnte, trifft die Behörde die Pflicht, diesen Hinweisen nachzugehen, selbst wenn die Person nicht ausdrücklich vorbringt, Opfer zu sein oder wenn ihre Vorbringen in einigen Punkten unglaubhaft wirken.¹³

Dass die Ausführungen eines Menschenhandelsopfers unglaubwürdig klingen oder sich der «allgemeinen Logik» entziehen, kann beispielsweise daran liegen, dass die Person von den Menschenhändlern angewiesen wurde, eine bestimmte Geschichte zu erzählen¹⁴ oder dass sie aufgrund der traumatisierenden Erfahrung des Menschenhandels nicht in der Lage ist, ihre Erlebnisse substantiiert und in sich schlüssig zu schildern. Scham über die Zwangsprostitution, den sexuellen Missbrauch, die Gewalt oder die Erniedrigung, aber auch allgemeiner Vertrauensverlust oder Erinnerungsverlust aufgrund von Betäubungsmittelmissbrauch oder die Angst vor den Menschenhändlern können die Aussagebereitschaft der Opfer zusätzlich hemmen.¹⁵ Ferner ist möglicherweise vielen Opfern von Menschenhandel die Unterscheidung zwischen Asyl-, Ausländer-, und Strafverfolgungsbehörden nicht von vornherein klar und sie sagen deswegen – etwa aus Furcht vor straf- oder

ausländerrechtlichen Massnahmen – nicht die Wahrheit. Es ist auch zu berücksichtigen, dass gewisse Formen des Menschenhandels und dessen Ausprägungen möglicherweise von der das Gesuch prüfenden Person für abstrus oder übertrieben empfunden werden, da sich die Ausbeutung in einer besonders krassen Weise darstellt, die mit einem «normalen» Vorstellungsvermögen kaum erfassbar ist.

Zu Recht hat denn auch das Bundesverwaltungsgericht im Fall einer minderjährigen Kamerunerin, deren Ausführungen vom BFM für allgemein unglaubhaft befunden wurden und die ihren Mitwirkungspflichten nicht nachgekommen war, das BFM angewiesen, den Wegweisungsvollzug erneut zu prüfen.¹⁶ Grund dafür war, dass die Ausreise der jungen Frau auffällig professionell organisiert worden war, was den Verdacht auf Menschenhandel entstehen liess. Das Bundesverwaltungsgericht hielt fest, dass auch eine mangelnde Kooperation der Beschwerdeführerin das BFM nicht davon befreie, diesen Hinweisen nachzugehen.¹⁷

Die Identifizierung von potentiellen Menschenhandelsbetroffenen wurde dadurch zu Recht als einer erhöhten staatlichen Abklärungspflicht unterliegend qualifiziert. Bedeutsam ist dabei auch, dass es nicht ausreichend wäre, diese Abklärungen auf den für das Asylgesuch massgeblichen Sachverhalt zu beschränken, vielmehr ist es erforderlich, in solchen Fällen mit anderen in diesem Bereich tätigen Behörden eng zusammen zu arbeiten, um einen möglichen anderweitigen Schutzbedarf zu erkennen. Dies ist besonders wichtig in Fällen, in denen das potentielle Menschenhandelsopfer vorbringt, in der Schweiz Opfer von Ausbeutung geworden zu sein.

4. Dublin-Verfahren

Bei Asylgesuchen von Personen, welche vorbringen, in einem europäischen Land ausgebeutet worden zu sein, wird regelmässig die Prüfung der Zuständigkeit dieses Staates

¹¹ ALBERTO ACHERMANN/CHRISTINA HAUSAMMANN, Handbuch des Asylrechts, 2. A., Bern/Stuttgart 1991, S. 223; RUEDI ILLES/JÜRGEN SCHERTENLEIB/NINA SCHREPFER, Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, Bern 2009, S. 152.

¹² EGMR *Rantsev* (Fn. 8), § 286 ff.

¹³ Siehe dazu auch allgemein die «Michigan Guidelines»: UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL, International Refugee Law: The Michigan Guidelines on Well-Founded Fear, 28. März 2004, § 12.

¹⁴ Wird zum Beispiel zwangsprostituierten Minderjährigen von ihren Zuhältern eingeschärft, sich im Falle einer Polizeirazzia als volljährig auszugeben, kann es sein, dass sie auch bei der Asylgesuchstellung an dieser Version festhalten.

¹⁵ Vgl. UNHCR, Richtlinien zum Internationalen Schutz: Anwendung des Artikels 1 A (2) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge auf die Opfer von Menschenhandel und entsprechend gefährdete Personen, HCR/GIP/06/07, 7. April 2006, § 48.

¹⁶ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-7077/2008 vom 8.12.2008 E. 5.4.

¹⁷ Ibid.

gemäss der sog. Dublin-II-Verordnung¹⁸ durchgeführt. Wenn sich die Personen mit oder ohne legalem Aufenthaltstitel in dem Land der Ausbeutung aufgehalten haben, könnte dieser Staat gemäss Art. 9 oder 10 Dublin-II-Verordnung¹⁹ für die Prüfung des Asylgesuches zuständig sein. Dies kann dann problematisch sein, wenn das Opfer in diesem Staat erneute Versklavung (*re-trafficking*), Repressalien oder Vergeltungsmassnahmen befürchten muss. Rechtlich stellt sich deshalb die Frage nach einem Überstellungsverbot aufgrund von Art. 3 EMRK (Folterverbot) oder Art. 4 EMRK (Sklavereiverbot)²⁰, welches dazu führen würde, dass der entsprechende Staat nicht als zuständiger Staat für die Prüfung des Asylgesuchs in Frage kommt.²¹ Dabei sind zwei Aspekte bedeutsam, nämlich ob die Person tatsächlich Opfer von Menschenhandel ist (dies ist beim oben angesprochenen Thema der Identifizierung zu verorten) und ob die Person in dem zuständigen Staat vor erneuter Ausbeutung und Misshandlung sicher ist.

Zu den Unterlassungspflichten aus Art. 4 EMRK gehört unter anderem diejenige, Menschenhandel weder direkt noch indirekt zu fördern.²² Soll ein Opfer von Menschenhandel in den Staat der Ausbeutung rücküberstellt werden, ist daher in einer individuellen Prüfung abzuklären, ob die betroffene Person in diesem Staat adäquaten Schutz erhält; ist dies nicht der Fall, muss ein Überstellungsverbot angenommen werden, welches sich aus Art. 4 EMRK ableitet, da eine Überstellung ansonsten auf eine verbotene Förderung des Menschenhandels hinauslaufen würde.²³ Auch das Palermo-Protokoll und das Europarats-Übereinkommen statuieren die Pflicht, Opfer nur unter «gehöriger Berücksichtigung der Sicherheit dieser Person» in einen anderen Staat zurückzuführen.²⁴ Möchte das BFM trotzdem einen Nichteintretensentscheid basierend auf der Dublin-II-Verordnung erlassen, hat es eine Pflicht zur umfassenden und einzelfallbezogenen Abklärung des Schutzes, welcher der betroffenen Person bei einer Rückkehr in den Dublin-Staat zukommen würde.²⁵ Ein Verfahren ohne einlässliche Begründung der Zuständigkeitsfrage in der gebotenen Ausführlichkeit wird diesem Erfordernis kaum genügen.²⁶

Zudem ist in solchen Situationen auch ein Überstellungsverbot aufgrund von Art. 3 EMRK in Betracht zu ziehen.²⁷ Die hierbei geltenden Abklärungspflichten²⁸ werden durch die umfassende Abklärungs- und Schutzpflicht des Aufenthaltsstaates, welche sich aus Art. 4 EMRK, dem Palermo-Protokoll und dem Europarats-Übereinkommen ergibt, ergänzt.

Die Gerichtspraxis verlangt jedoch bisher von der beschwerdeführenden Person, sofern keine systematische Verletzung von Art. 3 EMRK durch einen Dublin-Mitgliedstaat vorliegt, nachzuweisen oder glaubhaft zu machen, dass besondere, ausreichend konkrete Gründe dafür vorliegen, dass bei einer Überstellung in den zuständigen Staat für ihn die reale Gefahr (*real risk*) eines fehlenden Verfolgungsschutzes respektive die Gefahr eines Verstosses gegen das Non-Refoulement-Gebot oder Art. 3 EMRK

bestehen würde.²⁹ Dieser Nachweis einer individuellen Gefährdung ist für Opfer von Menschenhandel regelmässig sehr schwierig zu erbringen und widerspricht auch der bereits erwähnten staatlichen Untersuchungspflicht. Gemäss der Rechtsprechung des EGMR reicht bereits ein begründeter Verdacht (*credible suspicion*) auf Menschen-

¹⁸ Verordnung (EG) Nr. 343/2003 vom 18. Februar 2003, ABl. L 50/1 vom 25.2.2003.

¹⁹ Art. 9: Zuständigkeit bei Besitz eines gültigen Aufenthaltstitels oder Visums; Art. 10: illegale Überschreitung der Aussengrenzen auf dem Land-, See- oder Luftweg.

²⁰ Menschenhandel fällt, obwohl vom Wortlaut nicht erfasst, unter Art. 4 EMRK, siehe die Urteile des EGMR *Rantsev* (Fn. 8), § 282 sowie *Siliadin gegen Frankreich*, Nr. 73316/01 vom 26. Juli 2005, §§ 120 ff.; *C.N. and V. gegen Frankreich*, Nr. 67724/09 vom 11. Oktober 2012 und *C.N. gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 4239/08 vom 13. November 2012.

²¹ Vgl. Urteil des EuGH vom 21. Dezember 2011 C-411/10 und 493/10 *N.S. und M.E. u.a.* (noch nicht in der amtl. Slg. veröffentlicht), Rn. 94.

²² EGMR *Rantsev* (Fn. 8), §§ 284 ff.

²³ Gemäss dem EGMR (*Rantsev* (Fn. 8), § 286 ff.) hat die behandelnde Behörde die Pflicht, bei Hinweisen auf Menschenhandel Ermittlungen aufzunehmen um das Opfer zu schützen. So hat denn auch der EGMR im Fall *L.R. gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 49113/09 vom 14. Juni 2011 vorläufige Massnahmen i.S. von Art. 39 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes erlassen, um die Beschwerdeführerin vor einer Rückschiebung zu schützen, bis über ihre Beschwerde entschieden war.

²⁴ Art. 8 Abs. 2 Palermo-Protokoll und Art. 16 Abs. 2 Europarats-Übereinkommen.

²⁵ Eine Argumentation hingegen, die sich auf die generelle Schutzfähigkeit oder Schutzwiligkeit des anderen Dublin-Staates stützt oder dessen Bindung an die EU-Asylrichtlinien hinsichtlich Aufnahme und Schutz von Asylsuchenden als Hinweis für ausreichenden Schutz ansieht, verkennt die besonderen Schutzpflichten, die sich aus den Abkommen zur Bekämpfung von Menschenhandel für die betroffenen Personen ergeben. Eine Überstellung ist demnach nur zulässig, wenn im Einzelfall von der Behörde umfassend abgeklärt ist, wie die Situation der betroffenen Person nach Überstellung sein wird und welche Schutzmassnahmen konkret zur Verfügung stehen. Bei einer möglichen Überstellung selbst ist dabei eine Information der Partnerbehörden im anderen Dublin-Staat notwendig, aber nicht allein ausreichend, um diesem Schutzauftrag nachzukommen.

²⁶ Vgl. auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-6323/2010 vom 30. November 2010 E. 6.2.3.

²⁷ Menschenhandel stellt unmenschliche oder erniedrigende Behandlung dar, vgl. z.B. UNHCR, Richtlinien zum Internationalen Schutz: Geschlechtsspezifische Verfolgung im Zusammenhang mit Artikel 1 A (2) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, HCR/GIP/02/01, 7. Mai 2002, § 18; VLADISLAVA STOYANOVA, Complementary Protection for Victims of Human Trafficking under the European Convention on Human Rights, Goettingen Journal of International Law 2011/2, S. 791; in Bezug auf Zwangsprostitution wird dies auch von der Schweizer Praxis anerkannt: LISELOTTE BARZÉ, La pratique de l'Office fédéral des migrations (ODM) en matière de persecutions liées au genre, in: Alberto Achermann/Constantin Hruschka (Hrsg.), Geschlechtsspezifische Verfolgung, Bern 2012, S. 93. Der EGMR hat im Urteil *Rantsev* (Fn. 8), § 252, jedoch die im Zusammenhang mit Menschenhandel vorgebrachten Miss-handlungen nur unter Artikel 4 EMRK (Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit) geprüft.

²⁸ Vgl. bezogen auf den Dublin-Kontext insbesondere das Urteil EGMR *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland*, Nr. 30696/09 vom 21. Januar 2011, in dem der EGMR im Wesentlichen ausführt, dass auch bei Überstellungen in einen anderen EMRK-Vertragsstaat eine vertiefte Einzelfallprüfung erforderlich ist, wenn entsprechende Hinweise auf eine individuell drohende unmenschliche oder erniedrigende Behandlung bestehen, vgl. dazu auch die Besprechung von CHRISTOF PORTMANN in ASYL 2011/3, S. 28 ff.

²⁹ Vgl. BVGE 2010/45 E. 7.4 und E. 7.5 S. 636 ff.

handel aus, um die Abklärungs- und Schutzpflicht auszulösen;³⁰ ein Glaubhaftmachen oder gar ein Nachweis ist nicht erforderlich. In dieser Hinsicht ist eine Neuorientierung der bisherigen Praxis erforderlich, um den menschenrechtlichen Vorgaben und den Verpflichtungen im Hinblick auf den Schutz von Menschenhandelsopfern nachzukommen.

5. Prüfung der Flüchtlingseigenschaft von Menschenhandelsopfern

5.1. Vorbemerkung

Während das BFM eine Praxis für die Prüfung der Flüchtlingseigenschaft von Opfern der Zwangsprostitution entwickelt hat,³¹ ist keine schweizerische Gerichtspraxis bezüglich des Umgangs mit Asylgesuchen von Menschenhandelsopfern erkennbar. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich nicht nur auf die Zwangsprostitution, sondern auf alle Formen von Menschenhandel (Kinderhandel, Handel zur Arbeitsausbeutung, u.U. auch Organhandel) und gehen der Frage nach, unter welchen Umständen Opfer von Menschenhandel die Flüchtlingseigenschaft erfüllen können.

5.2. Verfolgung

5.2.1. Intensität der Verfolgung

Die Verfolgung, oder gemäss schweizerischer Terminologie die ernsthaften Nachteile, müssen eine gewisse Intensität erreichen, um asylrelevant zu sein. Darunter fallen namentlich die Gefährdung des Leibes, des Lebens oder der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken. Eingriffe, welche die Schwelle von Art. 3 EMRK erreichen, d.h. Folter, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung, sind stets als genügend intensiv zu qualifizieren.

Bei Kinderhandel³² und Zwangsprostitution³³ herrscht im internationalen Diskurs Einigkeit darüber, dass diese als Verfolgung zu qualifizieren sind. Die erforderliche Intensität der ernsthaften Nachteile kann aber auch in den anderen Fällen von Menschenhandel bejaht werden, denn dieser geht mitunter einher mit körperlicher Gewalt, Freiheitsentzug, sexuellem Missbrauch, Erniedrigung und anderen Formen psychischer Gewalt, Vorenthaltung medizinischer Behandlung und angemessener Entlohnung, Zwangsarbeit oder Entnahme von Körperorganen und stellt somit eine Verletzung zahlreicher Menschenrechte dar (so etwa dem Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit, der Bewegungsfreiheit, dem Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung, ebenso wirtschaftlichen Rechten der Arbeitnehmer, wie sie in Art. 6 und 7 UNO-Pakt I festgehalten sind).

Legt ein Opfer von Menschenhandel glaubhaft dar, eine derartige Behandlung erfahren zu haben, liegt eine sog. Vorverfolgung vor und es wird im Sinne einer Regelvermutung davon ausgegangen, dass die Person auch eine Furcht vor zukünftiger Verfolgung hat,³⁴ in diesem Fall also erneutem Menschenhandel (*re-trafficking*).

Menschenhandelsopfer können auch eine begründete Furcht vor zukünftiger Verfolgung haben, die sich in ihrer Art von der bereits Erhaltenen unterscheidet. Solche Verfolgungshandlungen sind beispielsweise Vergeltungsmassnahmen durch die Menschenhändler.³⁵ Eine weitere Art der Verfolgung ist die Stigmatisierung oder Diskriminierung im Herkunftsland, welche dem Opfer aufgrund seiner Vergangenheit möglicherweise droht. Eine solche (befürchtete) Stigmatisierung kann auch dazu beitragen, dass ein Menschenhandelsopfer bei der Rückkehr erneut in die Fänge von Menschenhändlern gerät, da es durch den gesellschaftlichen Ausschluss besonders vulnerabel ist.³⁶ Solche Gefahren, also Vergeltungsmassnahmen, Diskriminierung oder *re-trafficking*, stellen normalerweise derart schwere Menschenrechtsverletzungen dar, dass sie als Verfolgung qualifiziert werden müssen³⁷ (und nicht nur

³⁰ EGMR *Rantsev* (Fn. 8), § 298.

³¹ Siehe dessen Darstellung bei BARZÉ (Fn. 27), S. 92 ff.

³² UNHCR, Richtlinien zum internationalen Schutz: Asylanträge von Kindern im Zusammenhang mit Artikel 1 (A) 2 und 1 (F) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, HCR/GIP/09/08, 22. Dezember 2009, Rz. 26; TILLMANN LÖHR, Die kinderspezifische Auslegung des völkerrechtlichen Flüchtlingsbegriffs, Baden-Baden 2008, S. 249 m.w.N.

³³ Zwangsprostitution stellt gemäss herrschender Ansicht Folter respektive unmenschliche oder erniedrigende Behandlung dar, siehe Fn. 27.

³⁴ ACHERMANN/HAUSAMMANN (Fn. 11), S. 107; SAMUEL WERENFELS, Der Begriff des Flüchtlings im schweizerischen Asylrecht, Bern 1987, S. 283; WALTER KÄLIN, Grundriss des Asylverfahrens, Basel/Frankfurt a.M. 1990, S. 127. Siehe auch Art. 4 Abs. 2 Qualifikationsrichtlinie (Richtlinie 2011/95/EU vom 13. Dezember 2011, Abl. L 337/9 vom 20. Dezember 2011), welcher bei Vorliegen einer Vorverfolgung den Prognosemassstab für die befürchtete zukünftige Verfolgung herabsetzt.

³⁵ Siehe anstelle vieler ANNA DOREVITCH/MICHELLE FOSTER, Obstacles on the road to protection: Assessing the treatment of sex-trafficking victims under Australia's migration and refugee law, Melbourne Journal of International Law 2008/1, S. 20.

³⁶ LEA BIASON, Pervasive Forms of Violence in Prostitution: A Transgression against Human Dignity, in: Marie Vlachová/Lea BIASON (Hrsg.), Women in an Insecure World, Genf 2005, S. 87.

³⁷ UNHCR, Menschenhandel (Fn. 15), §§ 17 f.; KAORI SAITO, International protection for trafficked persons and those who fear being trafficked, UNHCR Research Paper No. 149, Dezember 2007, S. 15. Einen ähnlichen Ansatz wählt die Qualifikationsrichtlinie der EU, indem sie eine Handlung als Verfolgung qualifiziert, wenn sie aufgrund ihrer Art oder Wiederholung so gravierend ist, dass sie eine schwerwiegende Verletzung der grundlegenden Menschenrechte darstellt. Sie nimmt dabei insbesondere auf die Rechte Bezug, die gemäss Art. 15 Abs. 2 EMRK nicht derogierbar sind (Art. 9 Abs. 1 lit. a). Da das Sklavereiverbot aus Art. 4 Abs. 1 EMRK underogierbar ist und Menschenhandel gemäss Praxis des EGMR in den Anwendungsbereich von Art. 4 fällt, ist davon auszugehen dass auch Menschenhandel Verfolgung darstellt. Allerdings hat sich der EGMR nicht dazu geäussert, ob Menschenhandel auch unter das nicht derogierbare Verbot der Sklaverei fällt. Die häufig geäusserte Bezeichnung von Menschenhandel als «moderne Form der Sklaverei» würde diese Ansicht jedenfalls unterstützen; auch die internationale Ächtung spricht dafür, das Recht nicht Opfer von Menschenhandel zu werden, als underogierbar einzustufen.

als konkrete Gefährdung i.S. der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs gemäss Art. 83 Abs. 4 AuG).

5.2.2. Fehlender staatlicher Schutz

Seit der Übernahme der Schutztheorie³⁸ ist für die Verfolgung im flüchtlingsrechtlichen Sinn massgebend, ob im gesamten Staatsgebiet wirksamer und adäquater staatlicher Schutz vorhanden ist.³⁹ Erforderlich sind hierzu die *Schutzwilligkeit* und die *Schutzfähigkeit* des Staates.⁴⁰ Geht die Verfolgung von Privatpersonen aus, ist einerseits festzustellen, ob Schutz vorhanden ist und andererseits, welche Qualität dieser Schutz hat. Grad und Art des Schutzes sind u.a. danach zu beurteilen, ob Verfolgungshandlungen von Staates wegen untersucht und systematisch mit strafrechtlichen Massnahmen belegt werden sowie ob funktionstüchtige und wirksame Infrastrukturen bereit stehen.⁴¹ Ferner müssen diese Schutzstrukturen individuell zugänglich und deren Inanspruchnahme zumutbar sein.⁴²

Bei der Prüfung von Asylgesuchen mit Menschenhandelsbezug kommt dieser Beurteilung des staatlichen Schutzes besondere Bedeutung zu. Erste Voraussetzung für die Annahme wirksamen staatlichen Schutzes ist, dass die von der gesuchstellenden Person vorgebrachten Verfolgungshandlungen (also Menschenhandel an sich, aber auch dessen Begleitdelikte wie Vergewaltigung, Körperverletzung, Drohung, Nötigung, etc.) unter Strafe gestellt sind. Darüber hinaus müssen solche Vorfälle auch wirksam untersucht und verfolgt werden und der dadurch gewährte Schutz muss auch im Einzelfall wirksam sein.⁴³ Eine blosser Unterstrafstellung dieser Delikte oder die blosser Ratifizierung eines internationalen Abkommens gegen Menschenhandel, etwa des Palermo-Protokolls⁴⁴, ist nicht genügend.⁴⁵

Aus den Verpflichtungen aus internationalen Abkommen lassen sich weitere Standards ableiten, welche zur Beurteilung des staatlichen Schutzes bei Menschenhandel herangezogen werden können:

Die Abkommen verlangen unter anderem staatliche Massnahmen

- zur Identifizierung,⁴⁶ d.h. zur Feststellung, ob eine Person Opfer von Menschenhandel ist,
- zum Schutz der Opfer vor weiteren Schäden und zur Gewährleistung ihrer Sicherheit,⁴⁷
- zum Zugang der Opfer zu Wohnraum, Rechtsberatung, medizinischer und psychologischer Hilfe, Aus- und Weiterbildung⁴⁸ sowie
- zur Ausbildung und Sensibilisierung der Behördenmitarbeiter.⁴⁹

Diese Massnahmen müssen ferner

- in nichtdiskriminierender Weise⁵⁰ sowie
- unabhängig davon, ob das Opfer mit den Strafverfolgungsbehörden zusammenarbeitet,⁵¹ gewährt werden.

Gerade bei Menschenhandel würde es eine Verkennerung der Realität darstellen, sich auf den blossen offiziell geäusserten *Schutzwillen* des Staates zu stützen, da die *Schutzfähigkeit* beispielsweise durch ein hohes Korruptionsniveau, lokale Gewohnheiten oder mangelnde Ressourcen zur Installierung von Opferschutzsystemen geschwächt sein kann.⁵² Das Erfordernis der individuellen Zugänglichkeit und Zumutbarkeit ist klar nicht erfüllt, wenn die zuständigen Polizeikräfte zu den Freiern von Zwangsprostituierten oder zu den Ausbeutern gehören respektive mit diesen anderweitig zusammenarbeiten und der Schutz von einer Polizeianzeige des Opfers abhängt.⁵³ Sofern die antragstellende Person glaubhaft darlegt, dass sie bereits erfolglos versucht hat, staatlichen Schutz zu erhalten, muss jedenfalls davon ausgegangen werden, dass kein Schutz vorliegt.⁵⁴ In Ländern, in denen Prostitution strafrechtlich verboten ist, wird Opfern von Zwangsprostitution möglicherweise aus diesem Grund der Schutz verweigert.⁵⁵ Der *Schutzwille* des Staates kann zusätzlich eingeschränkt sein, wenn es sich bei den Tätern des Menschenhandels um Familienangehörige des Opfers handelt, insbesondere

³⁸ EMARK 2006/18 E. 7 und 8.

³⁹ Vgl. Dazu WALTER STÖCKLI, § 11 Asyl, in: *Peter Uebersax et al. (Hrsg.), Ausländerrecht*, 2. A., Basel 2009, Rz. 11.9; BUNDESAMT FÜR MIGRATION, Handbuch Asylverfahren, Kap. D § 1 Der Flüchtlingsbegriff, S. 8 sowie speziell zur Frage der internen Schutzalternative das Grundsatzurteil des Bundesverwaltungsgerichts BVGE 2011/51.

⁴⁰ STÖCKLI (Fn. 39), Rz. 11.9; siehe auch ANDREAS ZIMMERMANN/CLAUDIA MAHLER, Article 1A, para. 2, N. 302 ff., in: *Andreas Zimmermann (Hrsg.), The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*. A Commentary, Oxford 2011.

⁴¹ BVGE 2011/51 E. 7.3.

⁴² EMARK 2006/18 E. 10.3.2 und jüngst BVGE 2011/51 E. 7.4.

⁴³ UNHCR, Guidance Note on Refugee Claims Relating to Victims of Organized Gangs, 31 März 2010, § 27; STOYANOVA (Fn. 27), S. 794; vgl. auch EGMR *Siliadin* (Fn. 20), § 148.

⁴⁴ Die meisten Staaten weltweit haben das Palermo-Protokoll ratifiziert (der aktuelle Ratifikationsstand liegt zum Zeitpunkt der Abgabe des Manuskripts bei 140 Staaten), was aber noch nicht heisst, dass die darin enthaltenen Schutzpflichten auch überall eingehalten werden.

⁴⁵ Siehe auch UNHCR, Menschenhandel (Fn. 15), § 22 f.

⁴⁶ Art. 10 Europarats-Übereinkommen.

⁴⁷ Art. 6 Abs. 1 und 5 Palermo-Protokoll; Art. 11, 12 und 28 Europarats-Übereinkommen 8.

⁴⁸ Art. 6 Abs. 3 und 4 Palermo-Protokoll; Art. 10, 12 und 28 Europarats-Übereinkommen; vgl. auch Art. 20 Kinderrechtskonvention.

⁴⁹ Art. 10 Abs. 2 Palermo-Protokoll.

⁵⁰ Art. 14 Palermo-Protokoll; Art. 3 Europarats-Übereinkommen.

⁵¹ Art. 10, 12 und 28 Europarats-Übereinkommen.

⁵² DOREVITCH/FOSTER (Fn. 35), S. 25; STOYANOVA (Fn. 27), S. 795.

⁵³ STOYANOVA (Fn. 27), S. 795. Beispielsweise haben die zypriotischen Polizisten im Fall *Rantsev* des EGMR (Fn. 8) das Opfer von Zwangsprostitution nach einer kurzen Abklärung wieder in die Obhut des Nachtclubbetreibers gegeben, für den sie arbeitete.

⁵⁴ Vgl. Urteil der Asylrekurskommission vom 5. Dezember 1995 N 255 572, E. 5 c) aa), auszugsweise publiziert in ASYL 1996/2, S. 64 f.

⁵⁵ UNHCR, Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted (OJ L 304/12 of 30.9.2004), 28 Januar 2005, S. 56.

wenn das Opfer minderjährig ist, da sich in vielen Staaten die Behörden nicht in innerfamiliäre Angelegenheiten einmischen.⁵⁶

In Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts, welche sich mit Asylgesuchen von mutmasslichen Opfern von Zwangsprostitution befassen, lässt sich aber feststellen, dass das Vorhandensein staatlichen Schutzes oftmals mit der summarischen Begründung bejaht wird, Menschenhandel sei im Herkunftsland der Gesuchstellerin eine Straftat und würde auch von den Behörden sanktioniert. So hat das Gericht zum Beispiel im Fall einer Russin, welche vorbrachte, in Tschechien zwangsprostituiert worden zu sein, erwogen: «Russland verfügt über einen gut ausgebauten Polizeiapparat und ist in der Lage und auch willens, seinen Bürgern den erforderlichen Schutz vor kriminell Unrecht zukommen zu lassen.»⁵⁷ Diese Erwägung ist sowohl im Hinblick auf die Begründungsdichte als auch vor dem Hintergrund, dass der Opferschutz in Russland laut mehreren Quellen ungenügend ist,⁵⁸ problematisch.

Auch das Vorhandensein einer innerstaatlichen Schutzalternative muss unter Berücksichtigung der speziellen Situation, in der sich Opfer von Menschenhandel befinden, beurteilt werden. So ist insbesondere zu beachten, dass Menschenhandel ein grenzüberschreitendes Phänomen ist und es deswegen nicht selten vorkommt, dass Menschenhändler ihren Opfern sowohl innerhalb eines Landes als auch im Ausland nachstellen,⁵⁹ insbesondere wenn das Opfer seine Schulden noch nicht vollständig abbezahlt hat.⁶⁰

Frauenhäuser oder ähnliche Einrichtungen sind als Möglichkeiten, innerstaatlichen Schutz zu erlangen, nur bedingt geeignet. Bei der Prüfung ist auf den vorhandenen staatlichen Schutz abzustellen, wobei das Bestehen einer internen Schutzalternative daran zu messen ist, ob die betroffenen Person in der Lage ist, sich ein «normales» Leben am Ort der Schutzalternative aufzubauen. In dieser Hinsicht ist es nicht zumutbar im Sinne einer internen Schutzalternative,⁶¹ sich über längere Zeit in einem Frauenhaus versteckt zu halten.

Die Asylrekurskommission hat schon vor fast zwanzig Jahren im Fall einer kurdischen Frau, welche in der Türkei Opfer von Zwangsprostitution geworden war, das Vorliegen einer innerstaatlichen Schutzalternative verneint, da sie als alleinstehende Frau mit schicksalhafter Vergangenheit, welche sie auf Dauer nicht würde verbergen können, höchstwahrscheinlich an keinem Ort in der Türkei eine menschenwürdige Existenz aufbauen könnte und in Gefahr wäre, erneut in das alte aufgezwungene Milieu zu rutschen.⁶²

5.2.3. Verfolgungsmotive

Bei Opfern von Menschenhandel kann die Verfolgung an jedes der fünf Verfolgungsmotive Rasse, Religion, Nationalität, Ethnie oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten

sozialen Gruppe anknüpfen. Beispielsweise fällt auf, dass viele Zwangsprostituierte nachfragebedingt einer bestimmten Ethnie oder Nationalität angehören: dunkelhäutig, asiatisch, karibisch, etc.⁶³ In Situationen bewaffneter Konflikte, in denen gezielt die Versklavung einer feindlichen Konfliktpartei verfolgt wird, kann die Verfolgung an das Merkmal der Nationalität, der politischen Anschauung oder auch der Religion anknüpfen.⁶⁴

Das wohl häufigste und gleichzeitig umstrittenste Verfolgungsmotiv, das bei der Verfolgung von Menschenhandelsopfern zu diskutieren ist, ist aber die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe.⁶⁵ Das BFM definiert dieses Verfolgungsmotiv wie folgt: «*Un groupe social déterminé est constitué de personnes qui, en raison de certaines qualités innées et immuables, se distingue clairement d'autres groupes de personnes et qui est, du fait de ces qualités, exposé ou craint de l'être à une persécution étatique ou tolérée par l'Etat*»⁶⁶. Das Geschlecht allein vermag ge-

⁵⁶ UNHCR, Asylanträge von Kindern (Fn. 32), § 28.

⁵⁷ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-3826/2006 vom 25.1.2010 E. 4.3.

⁵⁸ So etwa der Trafficking in Persons Report 2010 des US-Aussenministeriums, S. 279 ff.: «*The Government of the Russian Federation does not fully comply with the minimum standards for the elimination of trafficking. [...] victim identification and assistance remained inadequate and diminished during the reporting period. [...] The Russian government demonstrated very limited efforts to protect and assist victims during the reporting period*». Diese Beurteilung hat sich auch im aktuellsten Report nicht wesentlich geändert, siehe Trafficking in Persons Report 2012, S. 295 ff. Die Berichte sind abrufbar unter www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/index.htm (zuletzt besucht am 8.1.2013).

⁵⁹ Siehe auch Urteil der Asylrekurskommission vom 5. Dezember 1995 N 255 572, E. 5 c) aa), auszugsweise publiziert in ASYL 1996/2, S. 64 f.; vgl. auch UNHCR, Victims of organized gangs (Fn. 43), § 54.

⁶⁰ STOYANOVA (Fn. 27), S. 795; vgl. auch das Urteil des United Kingdom Court of Appeal *PO (Nigeria) v. Secretary of State for the Home Department*, [2011] EWCA Civ 132, 22 February 2011, § 191.

⁶¹ BVGE 2011/51 E. 8.6.

⁶² Urteil der Asylrekurskommission vom 5. Dezember 1995 N 255 572, E. 5 c) aa), auszugsweise publiziert in ASYL 1996/2, S. 64 f.

⁶³ UNHCR, Menschenhandel (Fn. 15), § 34; BIASON (Fn. 36), S. 68; SAITO (Fn. 37), S. 20; UN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, Report of the Special Rapporteur on the Human Rights Aspects of the Victims of Trafficking in Persons, Especially Women and Children, 20 Februar 2006, E/CN.4/2006/62, Rz. 66 f.

⁶⁴ UNHCR, Menschenhandel (Fn. 15), § 34. Beispielsweise wurden im Konflikt um den Norden Ugandas seit 1986 mindestens 20'000 Kinder durch die Lord's Resistance Army (LRA) von Joseph Kony entführt, um als Haushaltsgelhilffinnen, Sexsklavinnen sowie KindersoldatInnen missbraucht zu werden, siehe HUMAN RIGHTS WATCH: Stolen Children: Abduction and Recruitment in Northern Uganda, 2003, www.hrw.org/reports/2003/uganda0303/uganda0403.pdf (zuletzt besucht am 8.1.2013).

⁶⁵ Siehe für die internationale Diskussion insbesondere STEPHEN KNIGHT, Asylum from trafficking: a failure of protection, Immigration Briefings 7/2007, S. 10 f.; SAITO (Fn. 37), S. 21 f.; TYLER MARIE CHRISTENSEN, Trafficking for sexual exploitation: victim protection in international and domestic asylum law, UNHCR Research Paper Nr. 206, April 2011, S. 8 ff. und DOREVITCH/FOSTER (Fn. 35), S. 29 ff.

⁶⁶ Siehe die Darstellung der Praxis in BARZÉ (Fn. 27), S. 74. Der letzte Halbsatz bezieht sich allerdings auf die Kausalität, welche ein eigenes Element der Flüchtlings Eigenschaft bildet und deswegen hier separat behandelt wird (siehe unten, 5.2.4.).

mäss Praxis des BFM,⁶⁷ im Gegensatz zur Gerichtspraxis,⁶⁸ keine bestimmte soziale Gruppe zu bilden.

Die Gerichtspraxis und Teile der Lehre verfolgen einen eigenen Ansatz, der in verkürzender Weise an die Motivation des Verfolgers anknüpft und dabei auf die Zuordnung zu einem der fünf Konventionsmerkmale weitgehend verzichtet. Vielmehr wird darauf abgestellt, ob die Verfolgung wegen äusserer oder innerer Merkmale erfolgt, die untrennbar mit der Person oder der Persönlichkeit des Opfers verbunden sind, wie sie etwa den Merkmalslisten in verfassungsrechtlichen und internationalen Diskriminierungsverboten (Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 2 AEMR, Art. 14 EMRK sowie Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt II) entnommen werden können.⁶⁹ Im Endergebnis entspricht dieser Ansatz wohl weitgehend der Definition des BFM einer «bestimmten sozialen Gruppe», da beide darauf abstellen, ob bestimmte Merkmale vorliegen, die untrennbar mit der Person verbunden sind.⁷⁰

Abgesehen vom Geschlecht, an das der Menschenhandel häufig anknüpft, weisen die Opfer stets eine gewisse Vulnerabilität auf. Diese ergibt sich häufig aus dem Alter, etwa bei Kindern, einer sozial marginalisierten Stellung, einem bestimmten Beruf oder einer wirtschaftlichen Aussichtslosigkeit⁷¹ und ist als unveränderbares Merkmal im Sinne der bestimmten sozialen Gruppe zu werten. In dieser Hinsicht greift m. E. die Ansicht des BFM, dass Opfer von Zwangsprostitution keine andere konstituierende Eigenschaft als das Geschlecht aufweisen,⁷² zu kurz.

Eine Furcht vor Verfolgung kann bei Menschenhandelsopfern überdies auch gerade aufgrund ihrer Opfereigenschaft entstehen. Die vergangene Erfahrung des Menschenhandels, etwa der Zwangsprostitution, ist ein die Gruppe einendes, unveränderbares Merkmal, welches sie – je nach Länderkontext – klar vom Rest der Gesellschaft hervorhebt und sie dadurch anfällig macht für *re-trafficking*, Stigmatisierung oder gezielte Vergeltungsmassnahmen durch die Menschenhändler. Sofern dadurch eine *erneute* Verfolgungssituation entsteht, ist auch das Erfordernis, die Gruppe nicht allein durch die Verfolgung zu definieren,⁷³ erfüllt.

5.2.4. Kausalität des Verfolgungsmotivs

In Menschenhandelsfällen scheitert die Asylgewährung häufig am behaupteten Fehlen der Kausalität des Verfolgungsmotivs für die Verfolgung, da Menschenhandel oftmals als rein kommerziell motiviertes Verbrechen verstanden wird.⁷⁴

Wie oben gezeigt, weisen die meisten Menschenhandelsopfer eines der Konventionsmerkmale auf; häufig ist dies die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe. Da finanzieller Gewinn aber zweifelsohne eine gewichtige Motivation für die Täter ist, hängt die Beurteilung des Kausalitätselements wesentlich davon ab, wie linear die Kausalität des Konventionsgrundes zu verstehen ist.

In der internationalen Lehre wird hierzu der sogenannten *mixed motives doctrine* der Vorzug gegeben. Gemäss dieser Interpretation reicht es für die Annahme der Kausalität aus, wenn das Konventionsmerkmal eine mehr als nur unbedeutende Rolle für die Verfolgung spielt.⁷⁵ Andere Ansätze wie die *conditio sine qua non*, gemäss welcher die Kausalität nur gegeben ist, wenn das Konventionsmerk-

⁶⁷ Siehe dazu BARZÉ (Fn. 27), S. 74.

⁶⁸ EMARK 2006/32 E. 8.7.1, siehe auch STÖCKLI (Fn. 41), Rz. 11.11.

⁶⁹ EMARK 2006/32 E. 8.7.1; STÖCKLI (Fn. 39), Rz. 11.11; KÄLIN, Grundriss (Fn. 34), S. 91; DERS., Die Bedeutung geschlechtsspezifischer Verfolgung im Schweizerischen Asylrecht, ASYL 2002/01, S. 14 f. und ACHERMANN/HAUSAMMANN (Fn. 11), S. 97 ff.

⁷⁰ Die Rechtsprechung mehrerer Länder verfolgt eine ähnliche Interpretation der «bestimmten sozialen Gruppe», welche üblicherweise mit «*protected characteristics*» oder «*ejusdem generis*» Ansatz überschrieben wird und darauf abstellt, ob die Mitglieder der sozialen Gruppe über Merkmale verfügen, die so eng mit der eigenen Persönlichkeit verknüpft sind, dass sie entweder unveränderbar oder unverzichtbar sind (siehe United States Board of Immigration Appeals im Urteil Matter of Acosta, Interim Decision No. 2986, 1985, 19 I. & N. Dec. 211 [BIA 1985] und der kanadische Supreme Court, Ward v Canada [1993] 2 SCR 689). Merkmale im Sinne des dieses Ansatzes können etwa das Geschlecht, das Alter, der Zivilstand, die soziale Stellung, der Beruf, die persönliche wirtschaftliche Situation oder auch eine vergangene, prägende Erfahrung sein wie z.B. die psychischen und physischen Auswirkungen der Zwangsprostitution, oder der Entscheid, sich dem Menschenhandel zu entziehen, siehe z.B. das Urteil des United Kingdom Immigration and Asylum Tribunal *SB Moldova CG* (2008) UKIAT 00002 (25-6 APRIL 2007) (112). So definierte bestimmte soziale Gruppen sind z.B. «nach Nigeria rückkehrende Frauen, die Opfer von Menschenhandel geworden sind und die sich hiervon befreit haben bzw. befreit worden sind (und gegen die Menschenhändler ausgesagt haben)» (Urteil des Verwaltungsgerichts Wiesbaden [Deutschland] 3 K 1465/09.WI.A, 14.3.2011, S. 12) oder «sex slaves from foreign countries who are brought to the U.S. under false pretenses and forced at the threat of death and destruction to participate in sexual activities» (Urteil des Texas Immigration Court *Matter of P-H* vom 4. März 2004, S. 13, zitiert in KNIGHT (Fn. 65), S. 7).

⁷¹ Siehe auch JONATHAN TODRES, Widening our lens: Incorporating essential perspectives in the fight against human trafficking, 33 Michigan Journal of International Law 2012, S. 57.

⁷² BARZÉ (Fn. 27), S. 94; hingegen spricht das Handbuch Asylverfahren (Fn. 39), S. 21 von einer bestimmten sozialen Gruppe bei Opfern von Zwangsprostitution.

⁷³ Siehe bspw. UNHCR, Geschlechtsspezifische Verfolgung (Fn. 27), S. 9 f.

⁷⁴ Siehe z.B. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-5017/2011 vom 20.09.2011, S. 7: «dass die Vorbringen der Beschwerdeführerin (Zwang zur Prostitution und wirtschaftliche Ausbeutung unter Anwendung massiver Drohungen) [...] den Anforderungen an die Flüchtlingseigenschaft nicht zu genügen vermögen, da es ihnen an einem asylbeachtlichen Verfolgungsmotiv [...] fehlt, dass es sich bei den entsprechenden Übergriffen vielmehr um *gemeinrechtliche Straftaten* handelt, welche *keine Verfolgung im asylrechtlichen Sinne darzustellen vermögen*» (eigene Hervorhebung). Siehe auch CHRISTENSEN (Fn. 65), S. 20 und KNIGHT (Fn. 65), S. 6 mit Übersichten über die US-amerikanische Rechtsprechung sowie DOREVITCH/FOSTER (Fn. 35), S. 38 ff., welche die australische Rechtsprechung darstellen.

⁷⁵ UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL, International Refugee Law: The Michigan Guidelines on Nexus to a Convention Ground, 25. März 2001, § 13; JAMES C. HATHAWAY/MICHELLE FOSTER, The Causal Connection («Nexus») to a Convention Ground: Discussion Paper No. 3 Advanced Refugee Law Workshop International Association of Refugee Law Judges Auckland, New Zealand, October 2002, International Journal of Refugee Law 2003/3, S. 476; LÖHR (Fn. 32), S. 149 f.; MICHELLE FOSTER, Causation in Context: Interpreting the Nexus Clause in the Refugee Convention, 23 Michigan Journal of International Law 2002, S. 328 f.; UNHCR Menschenhandel, § 29.

mal nicht wegzudenken wäre, ohne dass die Verfolgung entfielen oder dem *predominant cause test*, wonach das Konventionsmerkmal der überwiegende Grund für die Verfolgung sein muss, werden von der Lehre abgelehnt, da sie eine in der Genfer Flüchtlingskonvention nicht angelegte nahezu ausschliessliche Verfolgung auf Grund eines bestimmten Konventionsgrundes verlangen würden, die weder dem Schutzzweck der Konvention noch der Realität von Verfolgungshandlungen entspricht.⁷⁶

Angewendet auf Menschenhandel, bedeutet dies, dass die asylrelevante Kausalität zu bejahen ist, sofern das Verfolgungsmotiv nebst anderen Gründen wie Profitstreben, krimineller Energie oder Rachebedürfnissen mitursächlich ist, solange dessen Beitrag nicht bloss unbedeutend ist.⁷⁷

Die Argumentation, Menschenhandel sei eine rein kriminelle oder profitorientierte Handlung, vernachlässigt demgegenüber, dass Menschenhändler ihre Opfer nicht willkürlich auswählen, sondern gerade eben weil diese aufgrund bestimmter Eigenschaften besonders gut «verwertbar» oder leichter greifbar sind.⁷⁸ So bestimmt meist entweder die Nachfrage der Freier (z.B. nach Frauen, nach Kindern, nach Personen mit bestimmten Merkmalen) oder aber die Leistungsfähigkeit der Person (Männer, junge Frauen, etc.), wer für die Ausbeutung rekrutiert wird.⁷⁹ Studien zeigen auch, dass für Prostituierte bestimmter Ethnien ein höherer Preis beim Wiederverkauf bezahlt wird als für andere.⁸⁰ Es ist – anders als bei «gemeinrechtlichen» Kriminalitätserscheinungen wie etwa Diebstahl – in aller Regel eben gerade kein Zufall, dass vor allem vulnerable junge Frauen oder Mädchen für die Prostitution, Kinder und insbesondere körperlich behinderte Kinder für das Zwangsbetteln oder junge, kräftige Männer für gefährliche körperliche Arbeit ausgewählt werden. Diese Eigenschaften sind geschützte Merkmale im Sinne der oben dargestellten verfassungs- und menschenrechtlichen Diskriminierungsverbote.

Bei *re-trafficking*, Vergeltungsmassnahmen oder Stigmatisierung ist die Kausalität ebenfalls gegeben, da die drohenden Verfolgungshandlungen direkt an die Eigenschaft als Menschenhandelsopfer anknüpfen.

Falls trotzdem ein kausaler Beitrag eines Konventionsmerkmals bei den (nichtstaatlichen) Tätern des Menschenhandels verneint wird, muss in einem nächsten Schritt geprüft werden, ob die fehlende Schutzgewährung des Staates an ein Konventionsmerkmal anknüpft.⁸¹ Auch hier reicht es wiederum aus, dass das Konventionsmerkmal mitursächlich ist für das Nichtvorhandensein des Schutzes. Die Verweigerung des staatlichen Schutzes aus sozialen oder traditionellen Gründen kann z.B. erfolgen, weil gewisse Berufe (Prostitution), gesellschaftliche Positionen (Strassenkinder, Waisen, Behinderte) oder bestimmte ethnische Gruppierungen als nicht oder weniger schutzwürdig angeschaut werden.⁸² Auch in solchen Fällen ist das Konventionsmerkmal mitursächlich für die fehlende Schutzgewährung.

Gemäss der Schutztheorie ist die Kausalität auch dann zu bejahen, wenn nur die private Verfolgung auf Grund eines Konventionsmerkmals erfolgt. Es ist nicht erforderlich, dass die staatliche Schutzverweigerung *und* die private Verfolgung an einen Konventionsgrund anknüpfen; dies würde der (überholten) Zurechnungstheorie entsprechen. In dieser Hinsicht steht die Praxis des BFM, bei Fällen von Zwangsprostitution die Kausalität nur dann zu bejahen, wenn die Opfer aufgrund einer diskriminierenden Haltung des Staates keinen Schutz erhalten,⁸³ – in den Fällen, in denen die (nicht-staatliche) Verfolgung an ein Konventionsmerkmal anknüpft – nicht in Einklang mit der Schutztheorie.

5.3. Subjektive Nachfluchtgründe?

Gemäss Art. 54 AsylG wird eine Person von der Asylgewährung ausgeschlossen, wenn sie erst durch ihre Ausreise aus dem Heimat- oder Herkunftsstaat oder wegen ihres Verhaltens nach der Ausreise Flüchtling im Sinne von Art. 3 AsylG wurde.

Bei Asylgesuchen von Menschenhandelsopfern wird teilweise argumentiert, diese seien unverfolgt ausgeist und die Furcht vor Verfolgung sei erst durch ihren Ausstieg aus der Ausbeutungssituation entstanden.⁸⁴ Versteht man den Ausstieg als eigenes Verhalten des Opfers, würde konsequenterweise, sofern die Flüchtlingseigenschaft anerkannt wird, ein Ausschluss von der Asylgewährung gemäss Art. 54 AsylG erfolgen und die Person als Flüchtling vorläufig aufgenommen. Dieses Ergebnis ist schon deswegen stossend, weil somit Personen, die sich aus eigener Kraft aus einem ausbeuterischen Verhältnis gelöst haben, mit einer schlechteren Rechtsstellung «bestraft» würden. Zudem basiert es auf einem falschen Verständnis der Verfolgungsqualität von Menschenhandel. Menschenhandel

⁷⁶ LÖHR (Fn. 32), S. 149 f.; FOSTER (Fn. 75), S. 281; HATHAWAY/FOSTER (Fn. 75), S. 471; UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL, NEXUS (Fn. 75), § 112.

⁷⁷ Siehe auch KNIGHT (Fn. 65), S. 8; CHRISTENSEN (Fn. 65), S. 21 und DOREVITCH/FOSTER (Fn. 35), S. 39.

⁷⁸ Vgl. DOREVITCH/FOSTER (Fn. 35), S. 40.

⁷⁹ Vgl. LÖHR (Fn. 32), S. 258.

⁸⁰ Zusammengefasst bei LIZ KELLY, 'You can find anything you want': A Critical Reflection on Research on Trafficking in Persons within and into Europe, International Migration Vol. 43 (1/2), 2005, S. 248.

⁸¹ ZIMMERMANN/MAHLER (Fn. 40), N. 332.

⁸² BIASON (Fn. 36), S. 70; KÄLIN, Geschlechtsspezifische Verfolgung (Fn. 69), S. 12; dies wird (in Bezug auf Zwangsprostitution) auch vom BFM anerkannt: BARZÉ (Fn. 27), S. 94 f.

⁸³ Siehe die Darstellung der Praxis bei BARZÉ (Fn. 27), S. 95 f.: «Les manquements dans le système de protection du pays d'origine de ces femmes s'expliquent principalement par une absence de volonté sérieuse de sévir à l'encontre d'une certaine forme de criminalité et ne se fondent pas sur une attitude discriminatoire à l'encontre des femmes. Dans de telles circonstances, il sera conclu au rejet de la demande sous l'angle de l'asile».

⁸⁴ Siehe z.B. BARZÉ (Fn. 27), S. 95.

ist nicht ein einzelner Akt, sondern ein *Prozess*, der bereits im Anfangsstadium Verfolgung darstellt. So fallen bereits die Anwerbung und der Transport unter die Definition von Menschenhandel (Art. 3 lit. a Palermo-Protokoll, vgl. auch Art. 182 Abs. 1 StGB) und stellen eine Menschenrechtsverletzung dar. Das Risiko, im Falle des Ausstiegs verfolgt zu werden, besteht bereits im Anwerbungszeitpunkt, selbst wenn sich die betroffene Person dessen noch nicht bewusst ist. Da die Verfolgung gemäss schweizerischer Praxis aus objektiver Sicht beurteilt wird⁸⁵ und nicht subjektiv (aus Sicht der gesuchstellenden Person), sollte bei einer korrekten Beurteilung solcher Konstellationen der Asylausschlussgrund der subjektiven Nachfluchtgründe nicht zur Anwendung kommen.

6. Wegweisung

Die Wegweisung wird nicht vollzogen, wenn sie unzulässig, unzumutbar oder unmöglich ist (Art. 83 Abs. 1 AuG).

Unzulässig ist der Wegweisungsvollzug, wenn ihm völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AuG), wozu insbesondere die flüchtlingsrechtlichen (Art. 33 GFK, Art. 5 AsylG, Art. 25 Abs. 2 BV) und menschenrechtlichen Refoulementverbote (Art. 3 EMRK, Art. 3 FoK und Art. 7 UNO-Pakt II) gehören.⁸⁶

Besteht bei einem Opfer von Menschenhandel das tatsächliche Risiko, bei einer Rückkehr ins Heimat- oder Transitland erneut Opfer zu werden (*re-trafficking*), dürfte sich der Wegweisungsvollzug regelmässig als unzulässig erweisen, da Menschenhandel generell als unmenschliche oder erniedrigende Behandlung eingestuft wird.⁸⁷ Auch Vergeltungsmassnahmen⁸⁸, Diskriminierung und Stigmatisierung⁸⁹ oder gravierendste medizinische Notlagen⁹⁰ können das Mass an Schwere erreichen, um eine Verletzung des Folterverbots darzustellen.

In der Literatur wird auch ein Rückschiebungsverbot aus dem Sklavereiverbot (Art. 4 EMRK, Art. 8 Abs. 1 UNO-Pakt II) abgeleitet.⁹¹ Begründet wird dies damit, dass das Sklavereiverbot unterdogierbar ist und zudem laut dem EGMR einen grundlegenden Wert einer demokratischen Gesellschaft bildet⁹² und somit auf gleicher Stufe steht wie Art. 2 und 3 EMRK, aus welchen ihrerseits Rückschiebungsverbote abgeleitet werden. Das Sklavereiverbot als Rückschiebungshindernis greift allerdings nur dann, wenn der betroffenen Person erneut Menschenhandel (*re-trafficking*) droht. Andere Bedrohungen bei der Rückkehr wie die oben erwähnten (Vergeltungsmassnahmen, Diskriminierung, Stigmatisierung, etc.) fallen nicht unter Art. 4 EMRK, sondern unter das Folterverbot.

Schliesslich stellt sich auch die Frage nach der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs. Dies ist der Fall, wenn die betroffene Person im Herkunftsland konkret gefährdet ist, u.a. wegen einer medizinischen Notlage (Art. 83 Abs. 4 AuG), fehlender medizinischer Behandlungsmög-

lichkeiten, einer Beeinträchtigung des Kindeswohls oder einer Kombination verschiedener Faktoren.⁹³

Menschenhandel beschlägt die physische und psychische Gesundheit der Opfer in vielerlei Hinsicht. So sind z.B. viele Opfer von Zwangsprostitution aufgrund ihrer Tätigkeit mit Geschlechtskrankheiten wie HIV infiziert.⁹⁴ Psychische Krankheiten wie posttraumatische Belastungsstörungen, Depressionen, Angstzustände oder Suizidalität sind aufgrund der traumatisierenden Erlebnisse oder Dauerzuständen bei Menschenhandelsopfern ebenso häufig.⁹⁵ Die fehlende Behandlungsmöglichkeit dieser Krankheiten im Herkunftsland bewirkt die Unzumutbarkeit, sofern sie eine erhebliche Verschlechterung des Gesundheitszustandes nach sich zieht.⁹⁶

In Menschenhandelsfällen ist der häufigste Unzumutbarkeitsgrund die Kombination mehrerer Faktoren. Diese Kombination ergibt sich laut der Lehre aus den individuellen Lebensumständen der Person; es soll eingeschätzt werden, ob die Person in der Lage sein wird, ihr Existenzminimum zu sichern.⁹⁷ So hat das Bundesverwaltungsgericht in mehreren Fällen von Menschenhandel den Wegweisungsvollzug für unzumutbar befunden, in denen es sich um alleinstehende Frauen ohne tragfähiges soziales Netz im Herkunftsland handelte.⁹⁸ Ebenfalls hat es anerkannt,

⁸⁵ EMARK 2005/21 E. 7.1; ILLES/SCHERTENLEIB/SCHREPFER (Fn. 11), S. 188; ACHERMANN/HAUSAMMANN (Fn. 11), S. 108; KÄLIN, Grundriss (Fn. 34), S. 138.

⁸⁶ STÖCKLI (Fn. 39), Rz. 11.67; KÄLIN, Grundriss (Fn. 34), S. 210 ff.; ILLES/SCHERTENLEIB/SCHREPFER (Fn. 11), S. 213; ACHERMANN/HAUSAMMANN (Fn. 11), S. 174.

⁸⁷ Siehe Fn. 27.

⁸⁸ STOYANOVA (Fn. 27), S. 792 f.

⁸⁹ MARKUS SCHEFER/NICOLE SMID, Häusliche Gewalt als Hindernis der Ausweisung, ASYL 2007/1, S. 10; STOYANOVA (Fn. 27), S. 793.

⁹⁰ STOYANOVA (Fn. 27), S. 793; Urteile des EGMR *D. gegen das Vereinigte Königreich* vom 2. Mai 1997, Nr. 30240/96, § 51 ff. und *Bensaid gegen das Vereinigte Königreich* vom 6. Februar 2001, Nr. 44599/98, § 37.

⁹¹ STOYANOVA (Fn. 27), S. 807 f.; PAROSHA CHANDRAN/NADINE FINCH, Residence for Victims of Trafficking in the UK: Humanitarian, asylum and human rights considerations, in: *Parosha Chandran (Hrsg.)*, Human Trafficking Handbook, London 2011, S. 266 f. Der EGMR hat denn auch im Fall *L.R. gegen das Vereinigte Königreich*, Nr. 49113/09 vom 14. Juni 2011 vorläufige Massnahmen i.S. von Art. 39 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes erlassen, um die Beschwerdeführerin vor einer Rückschiebung zu schützen, bis über ihre Beschwerde entschieden war.

⁹² Urteile des EGMR *Rantsev* (Fn. 8), § 282 sowie *Siliadin* (Fn. 20) § 82.

⁹³ ILLES/SCHERTENLEIB/SCHREPFER (Fn. 11), S. 226; STÖCKLI (Fn. 39), Rz. 11.68.

⁹⁴ Siehe z.B. BIASON (Fn. 36), S. 87.

⁹⁵ Siehe anstatt vieler: LONDON SCHOOL OF HYGIENE AND TROPICAL MEDICINE: The Health Risks and Consequences of Trafficking in Women and Adolescents, 2003, http://genderviolence.lshtm.ac.uk/files/health_risks_consequences_trafficking.pdf (zuletzt besucht am 8.1.2013). Vgl. Auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-3826/2006 vom 25.1.2010 E. 6.6 und 6.7.

⁹⁶ EMARK 2004/7 E. 5 c) cc).

⁹⁷ RUEDI ILLES, Die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Ausländer- und Asylrecht, in: *Alberto Achermann et al.*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007, Bern 2007, S. 44.

⁹⁸ So etwa die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts D-7643/2006 vom 21.12.2009 E. 7.4; D-553/2007 vom 31.10.2011 E. 5.4 und E-1955/2008 vom 11.12.2008 E. 5.5.

dass es in einigen Ländern für Opfer von Zwangsprostitution aufgrund ihrer Vergangenheit kaum möglich ist, ihre Existenz neu aufzubauen.⁹⁹

7. Zusammenfassung

Die völkerrechtlichen Identifizierungs-, Abklärungs- und Schutzpflichten für Opfer von Menschenhandel sind für alle Ebenen staatlichen Handelns massgeblich und betreffen somit auch den Asylbereich. Nicht nur ist aber eine schutzorientierte Umsetzung dieser rechtlichen Verpflichtungen erforderlich, sondern es ist auch eine generelle Sensibilisierung aller involvierten Behördenmitarbeitenden für die Eigenheiten des Menschenhandels nötig, um zu erreichen dass die rechtlich relevanten Sachverhaltselemente erkannt respektive abgeklärt werden und die besonderen Schutz- und Betreuungsbedürfnisse von Menschenhandelsopfern in der Praxis berücksichtigt werden können.

Bei der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft und von Wegweisungshindernissen lassen sich Parallelen zu bestimmten Formen geschlechtsspezifischer Verfolgung er-

kennen. Es ergeben sich jedoch bei Menschenhandel aufgrund seiner transnationalen Natur häufig komplizierte Sachverhalte, welche sich oft von «herkömmlichen» Verfolgungssituationen unterscheiden. Umso wichtiger ist eine stringente und einzelfallbezogene Prüfung der einzelnen Elemente des Flüchtlingsbegriffs, welche sich stets an der Frage der Schutzbedürftigkeit der antragstellenden Person orientiert; dies gilt in gleicher Weise für die Prüfung der möglichen Unzulässigkeit und besonders der Unzumutbarkeit der Wegweisung.

Mutatis mutandis erweisen sich somit auch im Bereich des Menschenhandels die drei Regeln, die WALTER KÄLIN für die geschlechtsspezifische Verfolgung formuliert hat, als nach wie vor zutreffend: es sollen keine Stereotypen benutzt werden, die Ernsthaftigkeit bestimmter Verfolgungsmechanismen bei Menschenhandel sollte nicht verkannt werden und es sollte nicht vorschnell gefolgert werden, dass gewisse Formen der Verfolgung rein privat und/oder kommerziell motiviert sind.¹⁰⁰ Die Hinwendung zur Schutztheorie hilft in diesem Bereich weiter, muss aber im Bereich des asylrechtlichen Schutzes von Menschenhandelsopfern noch praktisch mit Leben gefüllt werden.

⁹⁹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-553/2007 vom 31.10.2011 E. 5.4.

¹⁰⁰ KÄLIN, Geschlechtsspezifische Verfolgung (Fn. 69), S. 10; siehe gleichermassen MARTIN BERTSCHI, Die asylrechtliche Behandlung der Verfolgung wegen Homosexualität, ASYL 2007/4, S. 10.